



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2010

Ausschaffungsinitiative und Freizügigkeitsabkommen

Jaag, Tobias ; Priuli, Valerio

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-41991>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Jaag, Tobias; Priuli, Valerio (2010). Ausschaffungsinitiative und Freizügigkeitsabkommen. Jusletter, 11:online.

Prof. Dr. Tobias Jaag / Valerio Priuli

Ausschaffungsinitiative und Freizügigkeitsabkommen

Der Beitrag untersucht die Vereinbarkeit der Volksinitiative «Für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» mit dem Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten (FZA). Die von der Initiative angestrebte automatische Ausweisung von ausländischen Straftätern aus der Schweiz verstösst gegen die massgebende EU-Richtlinie und die Rechtsprechung des EuGH dazu; diese sind gemäss Freizügigkeitsabkommen auch für die Schweiz verbindlich. Im Fall einer Annahme der Initiative und deren FZA-widrigen Umsetzung und Anwendung wäre mit dem Protest, allenfalls auch mit der Kündigung des FZA durch die EU, zu rechnen.

Rechtsgebiet(e): Politische Rechte; Ausländer- und Asylrecht; Bilaterale Abkommen
CH-EU

Zitiervorschlag: Tobias Jaag / Valerio Priuli, Ausschaffungsinitiative und Freizügigkeitsabkommen, in: Jusletter 8. November 2010

Inhaltsübersicht

- I. Ausschaffungsinitiative und Gegenentwurf
 1. Volksinitiative
 2. Gegenentwurf
 3. Vergleich zwischen Initiative und Gegenentwurf
- II. Freizügigkeitsabkommen
 1. Massgebende Bestimmungen
 2. Voraussetzungen für die Beendigung des Aufenthaltsrechts aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit
 - a) Regelungen der Richtlinie
 - b) Ältere Praxis des EuGH
 - c) Neuere Praxis des EuGH
 3. Fazit
- III. Mögliche Folgen einer Annahme der Initiative
 1. Völkerrechtskonforme Umsetzung und Auslegung
 2. Neuverhandlung des FZA
 3. Kündigung der bilateralen Abkommen I durch die EU
- IV. Zusammenfassung

I. Ausschaffungsinitiative und Gegenentwurf

1. Volksinitiative

[Rz 1] Am 28. November 2010 gelangt die Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)»¹ zur Abstimmung. Die Initiative verlangt eine Ergänzung von Art. 121 der Bundesverfassung (BV)² über Aufenthalt und Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern durch die Absätze (Abs.) 3-6.

[Rz 2] Gemäss Art. 121 Abs. 3 BV verlieren Ausländerinnen und Ausländer unabhängig von ihrem ausländerrechtlichen Status ihr Aufenthaltsrecht sowie alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz, wenn sie

- a) wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts, wegen einer Vergewaltigung oder eines anderen schweren Sexualdelikts, wegen eines anderen Gewaltdelikts wie Raub, wegen Menschenhandels, Drogenhandels oder eines Einbruchsdelikts rechtskräftig verurteilt worden sind; oder
- b) missbräuchlich Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe bezogen haben.

[Rz 3] Gemäss Abs. 4 hat der Gesetzgeber die Tatbestände näher zu umschreiben und kann weitere Tatbestände ergänzen.

[Rz 4] Ausländerinnen und Ausländer, die ihr Aufenthaltsrecht sowie alle Ansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz verlieren, sind von der zuständigen Behörde aus der Schweiz auszuweisen und mit einem Einreiseverbot von fünf bis fünfzehn

Jahren, im Wiederholungsfall von zwanzig Jahren, zu belegen (Abs. 5).

[Rz 5] Die Missachtung des Einreiseverbots sowie die illegale Einreise in die Schweiz sind strafbar. Auch dazu hat der Gesetzgeber die entsprechenden Bestimmungen zu erlassen (Abs. 6).

[Rz 6] Gemäss Übergangsbestimmung Art. 197 Ziff. 8 BV hat der Gesetzgeber die erforderlichen gesetzlichen Regelungen innert fünf Jahren zu erlassen.

2. Gegenentwurf

[Rz 7] Die Bundesversammlung hat der Volksinitiative einen Gegenentwurf gegenübergestellt.³ Dieser enthält zunächst Bestimmungen zur Integration (Art. 121a BV). Art. 121b BV befasst sich wie Art. 121 Abs. 3-6 BV gemäss Volksinitiative mit der Aus- und Wegweisung.

[Rz 8] Gemäss Art. 121b Abs. 1 können Ausländerinnen und Ausländer aus der Schweiz ausgewiesen werden, wenn sie die Sicherheit des Landes gefährden.

[Rz 9] Sie verlieren gemäss Abs. 2 ihr Aufenthaltsrecht und werden weggewiesen, wenn sie

- a) einen Mord, eine vorsätzliche Tötung, eine Vergewaltigung, eine schwere Körperverletzung, einen qualifizierten Raub, eine Geiselnahme, einen qualifizierten Menschenhandel, einen schweren Verstoss gegen das Betäubungsmittelgesetz oder eine andere mit einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedrohte Straftat begangen haben und dafür rechtskräftig verurteilt wurden;
- b) für einen Betrug oder eine andere Straftat im Bereich der Sozialhilfe, der Sozialversicherungen oder der öffentlichrechtlichen Abgaben oder für einen Betrug im Bereich der Wirtschaft zu einer Freiheitsstrafe von mindestens achtzehn Monaten rechtskräftig verurteilt wurden, oder
- c) für eine andere Straftat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren oder zu mehreren Freiheitsstrafen oder Geldstrafen von insgesamt mindestens 720 Tagen oder Tagessätzen innerhalb von zehn Jahren rechtskräftig verurteilt wurden.

[Rz 10] Beim Entscheid über die Aus- und Wegweisung sowie den Entzug des Aufenthaltsrechts sind die Grundrechte und die Grundprinzipien der Bundesverfassung und des Völkerrechts, insbesondere der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, zu beachten (Abs. 3).

¹ Bundesblatt (BBl) 2010, S. 4241 f. Vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates vom 24. Juni 2009, BBl 2009, S. 5097 ff.

² Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; Systematische Sammlung des Bundesrechts [SR] 101).

³ BBl 2010, S. 4243 f.

3. Vergleich zwischen Initiative und Gegenentwurf

[Rz 11] Vergleicht man die Volksinitiative und den Gegenentwurf, so fallen – abgesehen vom Integrationsartikel im Gegenentwurf – folgende Punkte auf:

- Die Volksinitiative listet neben schweren Straftaten mehrere *Delikte* auf, bei welchen man nach einer Verurteilung unabhängig von der Schwere das Aufenthaltsrecht verliert (Drogenhandel und Einbruch); beim missbräuchlichen Bezug von Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe fehlt in der Initiative sogar das Erfordernis einer rechtskräftigen Verurteilung. Bei den im Gegenentwurf in Art. 121b Abs. 2 lit. a aufgelisteten Delikten handelt es sich dagegen durchwegs um solche mit einer Strafanordnung von mindestens einem Jahr und damit um schwere Straftaten. Der Gegenentwurf ergänzt und präzisiert die Liste der Delikte; insbesondere umfasst diese auch Straftaten im Zusammenhang mit öffentlichrechtlichen Abgaben. Der Gegenentwurf verlangt bei allen Delikten, auch in den Bereichen der Sozialhilfe, Sozialversicherungen und öffentlichrechtlichen Abgaben, eine rechtskräftige Verurteilung zu einer erheblichen Strafe; damit werden Bagatellfälle ausdrücklich ausgeschlossen.
- Während der Gegenentwurf in Art. 121b Abs. 3 BV ausdrücklich die *Beachtung der Grundrechte sowie der Grundprinzipien der Bundesverfassung und des Völkerrechts* verlangt, fehlt in der Volksinitiative ein entsprechender Vorbehalt. Das bedeutet, dass der Vollzug der Volksinitiative unbesehen völkerrechtlicher Verpflichtungen, etwa der Europäischen Konvention für Menschenrechte (EMRK) und der UNO-Menschenrechtspakte, erfolgen müsste, und auch verfassungsmässige Grundrechte und Grundprinzipien, insbesondere das Verhältnismässigkeitsprinzip nach Art. 5 Abs. 2 BV, könnten nicht berücksichtigt werden.⁴ Lediglich das Non-Refoulement-Prinzip lassen die Initianten gelten, weil sonst die Initiative wegen Verletzung zwingender Bestimmungen des Völkerrechts hätte für ungültig erklärt werden müssen.⁵
- Mit dem ausdrücklichen Vorbehalt der Grundrechte und Grundprinzipien der Bundesverfassung in Art. 121b Abs. 3 des Gegenentwurfs wird klargestellt,

dass die Rechtsweggarantie gilt und demzufolge gegen Ausweisungsentscheide die normalen Rechtsmittelverfahren Anwendung finden. Auch wenn in der Volksinitiative der Verweis auf Grundrechte und Grundprinzipien der Bundesverfassung fehlt, enthält sie doch *keinen Ausschluss von Rechtsschutz*. Es ist deshalb davon auszugehen, dass auch im Fall der Annahme der Volksinitiative Ausweisungsentscheide gemäss Art. 121 Abs. 5 BV mit den ordentlichen Rechtsmitteln angefochten werden können; eine Ausnahme von der Rechtsweggarantie müsste ausdrücklich statuiert werden. Wegen der inhaltlichen Vorgaben ist allerdings der Entscheidungsspielraum der Gerichte stark eingeschränkt.

[Rz 12] Von den zahlreichen möglichen Konflikten zwischen der Ausschaffungsinitiative einerseits, völkerrechtlichen Verpflichtungen und staatsrechtlichen Grundsätzen andererseits, soll im Folgenden einer näher untersucht werden: die *Verbinbarkeit der Initiative mit dem Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union* von 1999. Nicht behandelt werden dagegen Verstösse gegen die EMRK und weitere völkerrechtliche Verträge.

II. Freizügigkeitsabkommen

1. Massgebende Bestimmungen

[Rz 13] Das Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft (heute: Europäische Union) über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (FZA)⁶ gewährt Angehörigen der Europäischen Union (EU) das Recht auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz, und umgekehrt (Art. 4 FZA). Die nähere Ausführung dieses Rechts findet sich in Anhang I zum FZA. Dessen Art. 5 befasst sich mit den *Einschränkungen des Rechts auf Aufenthalt aus Gründen der öffentlichen Ordnung*. Er lautet wie folgt:

«Die auf Grund dieses Abkommens eingeräumten Rechte dürfen nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden.

Gemäss Art. 16 dieses Abkommens wird auf die Richtlinien 64/221/EWG [...], 72/194/EWG [...] und 75/35/EWG [...] Bezug genommen.»

[Rz 14] Einschränkungen des Rechts auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit sind nach dieser Bestimmung nur zulässig, falls sie nach Massgabe der drei angeführten Richtlinien aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind. Neben den erwähnten Richtlinien ist gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA auch

⁴ Vgl. dazu Schweizerische Volkspartei, Ja zur Volksinitiative für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative), Argumentarium für die Abstimmung vom 28. November 2010, Bern, 1. September 2010, S. 17 (www.ausschaffungsinitiative.ch, besucht am 15. Oktober 2010); Botschaft des Bundesrates (Fussnote [Fn.] 1), S. 5106 ff.

⁵ Art. 139 Abs. 3 BV. Schweizerische Volkspartei, Argumentarium (Fn. 4), S. 12 und 23; Botschaft des Bundesrates (Fn. 1), S. 5102 f.

⁶ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (FZA; SR 0.142.112.681).

die Rechtsprechung des Gerichtshofs der EU (EuGH) dazu massgebend, welche vor dem Abschluss des Abkommens (21. Juni 1999) ergangen ist.

[Rz 15] Damit sind für die Beurteilung der Vereinbarkeit der Ausschaffungsinitiative mit dem Freizügigkeitsabkommen die *drei Richtlinien sowie die Rechtsprechung dazu* zu berücksichtigen. Inhaltlich relevant ist insbesondere die erste der drei Richtlinien; die anderen beiden haben lediglich deren Geltungsbereich ausgedehnt. Die Richtlinie 64/221/EWG wurde im Jahr 2004 durch die Richtlinie 2004/38/EG über die Freizügigkeit der Unionsbürger (Freizügigkeitsrichtlinie) abgelöst. Der Anhang I zum FZA ist indessen nicht angepasst worden; im bilateralen Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU gilt deshalb weiterhin die ältere Richtlinie.⁷

2. Voraussetzungen für die Beendigung des Aufenthaltsrechts aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit

a) Regelungen der Richtlinie

[Rz 16] Art. 3 der Richtlinie 64/221/EWG hält fest, dass bei Massnahmen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit zur Einschränkung des Aufenthaltsrechts ausschliesslich das *persönliche Verhalten* der in Betracht kommenden Einzelpersonen ausschlaggebend sein darf. Strafrechtliche Verurteilungen allein können nicht ohne Weiteres solche Massnahmen begründen.

[Rz 17] Gemäss Art. 8 der Richtlinie muss der Betroffene gegen die Entscheidung über die Verweigerung der Aufenthaltserlaubnis und über die Entfernung aus dem Hoheitsgebiet die Rechtsbehelfe einlegen können, welche Inländern gegenüber Verwaltungsakten zustehen. Das bedeutet, dass die Möglichkeit bestehen muss, Ausweisungsverfügungen mit den *ordentlichen Rechtsmitteln* anzufechten. Falls diese Möglichkeit nicht besteht, muss gemäss Art. 9 der Richtlinie Gelegenheit bestehen, an eine andere Behörde zu gelangen, welche die Rechtmässigkeit der Ausweisungsverfügung überprüft.

b) Ältere Praxis des EuGH

[Rz 18] Art. 3 der Richtlinie bildet Gegenstand mehrerer Urteile des EuGH. Der Gerichtshof hat festgehalten, dass die Ausnahme der öffentlichen Ordnung als Abweichung vom grundlegenden Prinzip der Freizügigkeit *eng auszulegen* ist

und dass deren Tragweite nicht einseitig von den Mitgliedstaaten bestimmt werden kann.⁸

[Rz 19] Das Bundesgericht hat in einem Urteil von 2009⁹ auf die Bestimmung der Richtlinie und die Rechtsprechung des EuGH dazu Bezug genommen und Folgendes ausgeführt:

«Nach der an die Praxis des EuGH angeglichenen Rechtsprechung des Bundesgerichts setzen Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahmen eine hinreichend schwere und gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung durch den betreffenden Ausländer voraus. Eine strafrechtliche Verurteilung darf dabei nur insofern zum Anlass für eine derartige Massnahme genommen werden, als die ihr zugrunde liegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt. Art. 5 Anhang I FZA steht somit Massnahmen entgegen, die (allein) aus generalpräventiven Gründen verfügt werden. [...] Während die Prognose über das künftige Wohlverhalten im Rahmen der Interessenabwägung nach rein nationalem Ausländerrecht zwar mitzuberücksichtigen, aber nicht ausschlaggebend ist, kommt es bei Art. 5 Anhang I FZA wesentlich auf das Rückfallrisiko an. [...] Zu verlangen ist eine nach Art und Ausmass der möglichen Rechtsgüterverletzung zu differenzierende hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass der Ausländer künftig die öffentliche Sicherheit und Ordnung stören wird. Je schwerer die möglichen Rechtsgüterverletzungen sind, desto niedriger sind die Anforderungen an die in Kauf zu nehmende Rückfallgefahr. [...]»

[Rz 20] Dieses Urteil knüpft nahtlos an frühere Bundesgerichtsentscheide an.¹⁰ Die Praxis des EuGH, auf welche sich das Bundesgericht beruft, hat in einer langjährigen Rechtsprechung Niederschlag gefunden, so neben den bereits erwähnten Urteilen *Bouchereau* und *Calfa*¹¹ auch in den Urteilen van Duyn¹², Bonsignore¹³, Rutili¹⁴ sowie *Adoui* und Cornuaille¹⁵.

c) Neuere Praxis des EuGH

[Rz 21] Das Freizügigkeitsabkommen hält in der Präambel fest, dass die Freizügigkeit auf der Grundlage der in der

⁷ Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (BGE) 136 II 5, Erwägung (E.) 4.1. Der Gemischte Ausschuss (aus Vertretern der Schweiz und der EU) kann nur die Anhänge II und III ändern (Art. 18 FZA); Art. 5 Abs. 2 Anhang I FZA müsste deshalb auf dem Weg der Vertragsänderung angepasst werden. Vgl. dazu ASTRID EPINEY/ROBERT MOSTERS, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen, in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2007/2008, S. 55 ff., 57.

⁸ Rechtssache (Rs.) 30/77, *Bouchereau*, Sammlung der Rechtsprechung (Slg.) 1977, 1999, Randnote (Rn.) 33; Rs. C 348/96, *Calfa*, Slg. 1999 I, 11, Rn. 23; vgl. auch BGE 131 II 352, E. 3.2; 130 II 493, E. 3.2; 130 II 176, E. 3.4.1; 129 II 215, E. 6.2.

⁹ BGE 136 II 5, E. 4.2.

¹⁰ Insbesondere BGE 129 II 215 und 130 II 176.

¹¹ Vorn Fn. 8.

¹² Rs. 41/74, Slg. 1974, 1337 ff.

¹³ Rs. 67/74, Slg. 1975, 297 ff.

¹⁴ Rs. 63/75, Slg. 1975, 1219 ff.

¹⁵ Verbundene Rs. 115/81 und 116/81, Slg. 1982, 1665 ff.

Europäischen Gemeinschaft (heute: Union) geltenden Bestimmungen zu verwirklichen sei. Gemäss Art. 16 Abs. 1 FZA treffen die Vertragsparteien alle erforderlichen Massnahmen, damit in ihren Beziehungen die gleichen Rechte und Pflichten Anwendung finden wie in den Rechtsakten der Union. Daraus hat das Bundesgericht geschlossen, dass für die vom Abkommen erfassten Bereiche eine parallele Rechtslage geschaffen werden soll.¹⁶ Deshalb berücksichtigt es auch die *nach dem Stichtag ergangene Rechtsprechung des EuGH*, soweit das FZA auf unionsrechtliche Grundsätze zurückgreift.¹⁷ Wenn ein nach dem Stichtag ergangenes Urteil des EuGH lediglich eine vor dem Stichtag etablierte Rechtsprechung bestätigt, ist dieses Urteil bzw. die darin enthaltene Rechtsprechung schon gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA vom Bundesgericht zu beachten.¹⁸

[Rz 22] Der EuGH hat nach dem Stichtag in drei von der Kommission der EU initiierten Vertragsverletzungsverfahren die Mitgliedstaaten Deutschland, Spanien und die Niederlande wegen Verstössen gegen die Richtlinie 64/221/EWG verurteilt. Dabei hat er die dargelegte *frühere Rechtsprechung zur Richtlinie 64/221/EWG bestätigt*. Es handelt sich also um Urteile, die auch die Schweiz beachten muss.

[Rz 23] Die Niederlande hatten eine ausländerrechtliche Regelung eingeführt, die es möglich gemacht hätte, einen systematischen und automatischen Zusammenhang zwischen einer strafrechtlichen Verurteilung und einer Ausweisung herzustellen.¹⁹ Familiäre Umstände, das persönliche Verhalten und die Frage, ob eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung besteht, hätten nicht zwingend berücksichtigt werden müssen.²⁰ Mit dieser Regelung haben die Niederlande gemäss EuGH gegen ihre Pflichten aus der Richtlinie 64/221/EWG verstossen.

[Rz 24] Deutschland hatte vorgesehen, dass Unionsbürger mit unbefristeter Aufenthaltserlaubnis nur aus *schwerwiegenden* Gründen der öffentlichen Ordnung ausgewiesen werden dürfen. E contrario hätten damit Unionsbürger mit einer befristeten Aufenthaltserlaubnis auch aus nicht schwerwiegenden Gründen ausgewiesen werden können.²¹ Damit hat Deutschland nach Auffassung des EuGH ebenfalls gegen die Richtlinie 64/221/EWG verstossen, die für die Ausweisung von Unionsbürgern eine hinreichend schwere Gefährdung vorschreibt.²²

[Rz 25] Im dritten Fall hatte Spanien einem mit einer EU-Bürgerin verheirateten Drittstaatsangehörigen die Einreise verweigert, weil dieser im Schengener Informationssystem ausgeschrieben war. Spanien hat es unterlassen zu prüfen, ob die Anwesenheit der Person eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend schwere Gefährdung für ein Grundinteresse der Gesellschaft darstellen würde.²³ Damit hat auch Spanien seine Verpflichtungen aus der Richtlinie 64/221/EWG verletzt.

[Rz 26] Diese Fälle machen einerseits deutlich, dass die Freizügigkeit nur nach einer *Einzelfallprüfung* nach Massgabe der erwähnten Richtlinie eingeschränkt werden darf. Andererseits zeigen sie, dass die EU in mehreren Fällen gegen die eigenen Mitgliedstaaten ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet und den Gerichtshof angerufen hat, um das Freizügigkeitsrecht durchzusetzen. Es ist deshalb zu erwarten, dass sie eine entsprechende Verletzung der Richtlinie durch die Schweiz ebenfalls nicht hinnehmen würde.

3. Fazit

[Rz 27] Die Initianten gehen davon aus, dass die Initiative mit dem Freizügigkeitsabkommen vereinbar sei, weil es den Grundsätzen des FZA entspreche, dass gefährliche Straftäter ausgeschafft werden können. Die Staaten hätten einen genügend grossen Spielraum, um auch eine relativ scharfe Praxis zu entwickeln.²⁴ Sie verweisen dabei einerseits auf einen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts,²⁵ wonach der EuGH den Staaten einen Beurteilungsspielraum zubillige. Andererseits verweisen sie auf eine Expertise der Universität Bern.²⁶

[Rz 28] Es trifft zu, dass nach dem FZA gefährliche Straftäter ausgeschafft werden können und dass die Länder bei der Beurteilung der Frage, was als Störung der Grundinteressen der Gesellschaft gelten kann, einen Beurteilungsspielraum haben.²⁷ Gestützt auf die dargelegte Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und auch des Schweizerischen Bundesgerichts ist jedoch klar, dass ein Entzug des Aufenthaltsrechts für Angehörige von EU-Staaten nach Massgabe der Ausschaffungsinitiative das Freizügigkeitsabkommen verletzen würde, weil entgegen Art. 3 der Richtlinie 64/221/EWG nicht geprüft wird, ob unter Berücksichtigung der

¹⁶ BGE 136 II 5, E. 3.4.

¹⁷ BGE 136 II 5, E. 3.4 und 130 II 1, E. 3.6.1.

¹⁸ ASTRID EPINEY, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 141/2005, S. 1 ff., 17.

¹⁹ EuGH, Rs. C-50/06, *Kommission/Niederlande*, Slg. 2007, I-04383, Rn. 46.

²⁰ Ibid., Rn. 45.

²¹ EuGH, Rs. C-441/02, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2006, I-03449, Rn. 72.

²² Ibid., Rn. 70.

²³ EuGH, Rs. C-503/03, *Kommission/Spanien*, Slg. 2006, I-01097, Rn. 53 ff.

²⁴ Schweizerische Volkspartei, Argumentarium (Fn. 4), S. 15.

²⁵ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1118/2006 vom 2. Juli 2010, E. 8.3.

²⁶ Universität Bern, Institut für Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht, Auswirkungen der Mitgliedschaft der Schweiz im EWR-Vertrag bzw. in der Europäischen Union auf durchgeführte Volksabstimmungen im Zeitraum 1992-2010, Bern, 14. August 2010 (www.sonntagszeitung.ch/fileadmin/user_upload/pdf_dokumente/2010/UpdateWWW/EWR%20EU%20Cottie.pdf, besucht am 15. Oktober 2010). Die Ausschaffungsinitiative wird in dieser Studie allerdings nicht erwähnt.

²⁷ BGE 130 II 176, E. 3.4.1; 129 II 215 E. 6.2.

konkreten Umstände des Einzelfalles eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung besteht.²⁸ Die Initiative erlaubt *keine Prüfung der Rückfallgefahr und des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit*. Sie sieht den Entzug des Aufenthaltsrechts bei jeder Verurteilung für die angeführten Delikte vor, unabhängig von der Höhe der Strafe, so auch bei Einbruch und möglicherweise geringfügigen Drogendelikten. Beim missbräuchlichen Bezug von Leistungen der Sozialversicherung oder Sozialhilfe muss die Ausschaffung sogar unabhängig von einer strafgerichtlichen Verurteilung erfolgen.

[Rz 29] Damit verstösst die Initiative in klarer Weise gegen das Freizügigkeitsabkommen.

III. Mögliche Folgen einer Annahme der Initiative

[Rz 30] Falls die Ausschaffungsinitiative in der Volksabstimmung angenommen wird, stellt sich die Frage, was die rechtlichen und politischen Konsequenzen des Verstosses gegen das FZA sein könnten.²⁹

1. Völkerrechtskonforme Umsetzung und Auslegung

[Rz 31] Die Initiative bedarf der Umsetzung durch Anpassung der Gesetzgebung,³⁰ ähnlich wie seinerzeit die Verwahrungsinitiative (Art. 123a BV), die in einzelnen Aspekten mit der EMRK in Widerspruch stand.³¹ Bei der Verwahrungsinitiative wurde dieser Widerspruch durch eine grundrechtskonforme Umsetzung auf Stufe Gesetz entschärft.³²

[Rz 32] Diese Möglichkeit besteht auch bei der Ausschaffungsinitiative. Das Gesetz könnte – entgegen dem klaren Wortlaut der Initiative und dem Willen der Initianten³³ – völkerrechtskonform ausgestaltet werden, indem für das Ausweisungsverfahren eine Prüfung im Einzelfall vorgesehen wird.

[Rz 33] Übernimmt der Gesetzgeber den in der Initiative vorgesehenen Automatismus, so würde die gesetzliche Regelung gegen das Freizügigkeitsabkommen verstossen. In diesem Fall könnte das Bundesgericht bei der Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen die Völkerrechtskonformität herstellen, indem es im Rahmen seiner Rechtsprechung die Behörden verpflichtet, die vom EU-Recht geforderte Einzelfallprüfung vorzunehmen. Damit müssten die zuständigen Ausländerbehörden und Gerichte die Prüfung der konkreten Situation vornehmen und allenfalls auf einen unverhältnismässigen Entzug der Aufenthaltsrechte verzichten.

[Rz 34] Der Grundsatz der völkerrechtskonformen Auslegung und Anwendung des nationalen Rechts spielt in der Rechtsprechung des Bundesgerichts eine wichtige Rolle.³⁴ Gemäss Art. 190 BV ist das Völkerrecht (wie Bundesgesetze) für die rechtsanwendenden Behörden massgebend. Damit müsste das Bundesgericht völkerrechtliche Normen wie Art. 5 Anhang I FZA auch anwenden, wenn sie gegen die Bundesverfassung verstossen.³⁵ Ob eine solche Auslegung allerdings auch zulässig wäre, wenn der Verfassungsgeber mit der Annahme der Initiative und gestützt darauf auch der Gesetzgeber bewusst eine Verletzung von Völkerrecht in Kauf nahm, erscheint fraglich. Nicht nur Bundesgesetze und Völkerrecht, sondern – a fortiori – auch Verfassungsrecht ist für die rechtsanwendenden Behörden verbindlich. In einem älteren Entscheid hat das Bundesgericht die völkerrechtskonforme Auslegung eines Bundesgesetzes abgelehnt, bei welchem ein Verstoß gegen Völkerrecht bewusst in Kauf genommen worden war (Schubert-Praxis).³⁶ Dies müsste umso mehr gelten, wenn die Völkerrechtsverletzung durch Bestimmungen der Bundesverfassung vorgegeben ist. Die Situation wäre hier vergleichbar mit jener der Minarett-Initiative (Art. 72 Abs. 3 BV), mit welcher ebenfalls eine Verfassungsbestimmung beschlossen wurde, die gegen Völkerrecht (EMRK) verstösst.

[Rz 35] Eine völkerrechtskonforme Umsetzung oder Anwendung der Ausschaffungsinitiative wäre vor allem deshalb problematisch, weil sich der Gegenentwurf in erster Linie insofern von der Initiative unterscheidet, als er die Beachtung der völker- und verfassungsrechtlichen Vorgaben sicherstellen möchte. Wenn in der Volksabstimmung die Initiative dem

²⁸ So auch Botschaft des Bundesrates (Fn. 1), S. 5111 f.; THOMAS GÄCHTER/MATTHIAS KRADOLFER, Von schwarzen Schafen. Gedanken zur Ausschaffungsinitiative aus juristischer Sicht, Asyl 2008 (1), S. 16; und foraus – Forum Ausussenpolitik, Volksinitiative für die Ausschaffung krimineller Ausländer. Ein Plädoyer für einen rechtmässigen Gesellschaftsvertrag, foraus-Diskussionspapier vom Juli 2010, S. 13 ff.

²⁹ Vgl. dazu die kontroversen Stellungnahmen etwa von ALBERTO ACHERMANN, Der Vorrang des Völkerrechts, in: Thomas Cottier u.a., Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht, Bern 2001, S. 33 ff., 75 ff.; ROGER NOBS, Volksinitiative und Völkerrecht, Diss., St. Gallen 2006, S. 359 ff.; YVO HANGARTNER, Art. 190 N. 33, in: St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008; REGINA KIENER/MELANIE KRÜSI, Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 110/2009, S. 237 ff., 249 ff.; ROBERT BAUMANN, Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl 111/2010, S. 241 ff., 260 ff.; ferner Bericht des Bundesrates über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 5. März 2010, BBl 2010, S. 2263 ff.

³⁰ So ausdrücklich Art. 121 Abs. 4 und 6 sowie Art. 197 Ziff. 8 BV gemäss Initiative.

³¹ ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N. 1757.

³² Vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates zur Umsetzung von Art. 123a BV vom 23. November 2005, BBl 2006, S. 889 ff., 897 ff. und 904 ff.

³³ Schweizerische Volkspartei, Argumentarium (Fn. 4), S. 13 f.

³⁴ Vgl. z.B. BGE 117 Ib 367, E. 2.e, f; 122 II 464, E. 3.b.

³⁵ BGE 133 II 450, E. 6.

³⁶ BGE 94 I 669, E. 6.a. Zumindest bei Verstössen gegen die Europäische Menschenrechtskonvention findet diese Praxis allerdings keine Anwendung; BGE 125 II 417, E. 4.d.

Gegenentwurf vorgezogen wird, würde mit der völkerrechtskonformen Umsetzung der Wille des Verfassungsgebers desavouiert.³⁷

2. Neuverhandlung des FZA

[Rz 36] Wenn eine Initiative bewusst das Ziel verfolgt, gegen einen völkerrechtlichen Vertrag zu verstossen, kann die Annahme der Initiative als *Auftrag zur Kündigung des Vertrags* verstanden werden.³⁸ Da die Ausschaffungsinitiative nach Meinung der Initianten aber nicht gegen das FZA verstösst, ist es nicht das Ziel der Initiative, diesen völkerrechtlichen Vertrag aufzulösen. Die allfällige Annahme der Volksinitiative könnte daher nicht als Auftrag zur Kündigung des Abkommens verstanden werden.

[Rz 37] Näherliegend wäre ein Versuch des Bundesrates, mit der EU eine Neuverhandlung des FZA über diesen Punkt zu erreichen, indem Art. 5 von Anhang I zum FZA durch einen Vorbehalt mit Verweis auf Art. 121 Abs. 3-6 BV ergänzt wird. Nach der dargelegten Praxis der Kommission und des EuGH zu ähnlichen Regelungen in Deutschland, Spanien und den Niederlanden³⁹ ist allerdings nicht zu erwarten, dass sich die EU auf eine solche Sonderlösung für die Schweiz einlassen würde.

3. Kündigung der bilateralen Abkommen I durch die EU

[Rz 38] Wenn – im Fall einer Annahme der Initiative – keine völkerrechtskonforme Umsetzung oder Anwendung der neuen Verfassungsbestimmungen erfolgt, ist damit zu rechnen, dass die Verletzung des Freizügigkeitsabkommens durch die Schweiz seitens der Europäischen Union bald einmal festgestellt und gerügt würde. Gegenüber EU-Mitgliedstaaten könnte die Kommission der EU in einem solchen Fall ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten.⁴⁰ So hat die Kommission im Zusammenhang mit den Massenausschaffungen von Roma durch Frankreich festgestellt, dass damit die Freizügigkeitsrichtlinie verletzt werde.⁴¹ Dabei hielt sie fest, dass das Recht jedes EU-Bürgers auf Freizügigkeit innerhalb der EU eines der Grundprinzipien der Union sei, das nur innerhalb

der Grenzen der Freizügigkeitsrichtlinie, der Grundrechte und des Diskriminierungsverbots eingeschränkt werden dürfe. Die Kommission setzte Frankreich eine Frist an, um einen Zeitplan für die korrekte Umsetzung der Richtlinie und die erforderlichen Massnahmen vorzulegen. Dies hat Frankreich gemacht und so eine Vertragsverletzungsklage der Kommission abgewendet.⁴²

[Rz 39] So wie die Kommission die Verletzung der Freizügigkeitsrichtlinie durch die eigenen Mitgliedstaaten nicht toleriert, wird sie auch eine Verletzung durch die Schweiz nicht einfach hinnehmen. Allerdings kann die Kommission gegen die Schweiz kein Vertragsverletzungsverfahren einleiten, weil dieses Instrument im Freizügigkeitsabkommen nicht vorgesehen ist; die Vertragsparteien haben keine Möglichkeit, ein Gericht anzurufen. Dagegen kann die EU-Kommission an den im FZA vorgesehenen *Gemischten Ausschuss* gelangen, in welchem die Vertragsverletzung thematisiert wird.⁴³ Eine Lösung des Konflikts durch den Gemischten Ausschuss ist allerdings schwer vorstellbar; Rechtsprechungsbefugnisse kommen dem Ausschuss nicht zu.

[Rz 40] Es ist deshalb denkbar, dass die EU der Schweiz nach der Einschaltung des Gemischten Ausschusses in einem ersten Schritt die *Kündigung des Freizügigkeitsabkommens* androhen wird, falls nicht innert nützlicher Frist die Verletzung des Abkommens eingestellt wird. Nach Ablauf einer solchen Frist müsste mit einer Kündigung des Freizügigkeitsabkommens seitens der EU gerechnet werden. Ob die EU das Abkommen tatsächlich kündigen würde, ist eine offene Frage. Die Verletzung des FZA durch die Schweiz gäbe ihr jedenfalls das Recht dazu.

[Rz 41] Wegen der *Guillotine-Klausel* (Art. 25 FZA) würden mit der Kündigung des Freizügigkeitsabkommens auch die anderen bilateralen Abkommen von 1999 dahinfallen; dabei handelt es sich um das Luftverkehrsabkommen, das Abkommen über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse, das Abkommen über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen, das Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen, das Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens sowie das Abkommen über die wissenschaftliche und technologische Zusammenarbeit. Damit würde das Fundament der bilateralen Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union dahinfallen; der Bilateralismus wäre am Ende.

IV. Zusammenfassung

[Rz 42] Die *Ausschaffungsinitiative* verlangt, dass Ausländerinnen und Ausländer bei einer strafrechtlichen Verurteilung für die in Art. 121 Abs. 3 lit. a BV aufgeführten Delikte ohne

³⁷ Die einzig saubere Lösung dieses Problems besteht in der Erweiterung der Gründe für die Ungültigerklärung von Volksinitiativen (Art. 139 Abs. 3 BV) auf Verstösse gegen wichtige Bestimmungen des Völkerrechts. Vgl. dazu beispielsweise Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010 (Fn. 29), S. 2330 ff.; HELEN KELLER/MARKUS LANTER/ANDREAS FISCHER, Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung, ZBl 109/2008, S. 121 ff., 145 ff.

³⁸ Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010 (Fn. 29), S. 2317.

³⁹ Vgl. vorn II.2.c., bei Fn. 19-23.

⁴⁰ Art. 258-260 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vom 25. März 1957 in der Fassung vom 13. Dezember 2007 (Amtsblatt der EU C 83 vom 30. März 2010, S. 47 ff.).

⁴¹ Beschluss der Kommission vom 29. September 2010, I.P/10/1207, Ziff. 5.

⁴² Neue Zürcher Zeitung (NZZ) vom 20. Oktober 2010, S. 3.

⁴³ Art. 19 FZA.

nähere Prüfung das Aufenthaltsrecht sowie alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz verlieren; das Gleiche gilt gemäss Art. 121 Abs. 3 lit. b BV bei missbräuchlichem Bezug von Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe, unabhängig von einer strafrechtlichen Verurteilung.

[Rz 43] Das *Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU* erlaubt in Art. 5 von Anhang I den Entzug der im Abkommen eingeräumten Rechte aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit. Dabei wird ausdrücklich auf die einschlägigen EU-Richtlinien verwiesen; diese sowie die Rechtsprechung des EuGH dazu bis 1999 gelten auch für die Schweiz. Auch wenn in vielen Fällen bei den im Initiativtext erwähnten Rechtsverstössen eine Störung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Sinne von Art. 3 der Richtlinie 64/221/EWG vorliegen dürfte, muss nach der Rechtsprechung des EuGH zu dieser Bestimmung im Einzelfall abgeklärt werden, ob die konkreten Umstände ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt; es muss eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorgenommen werden. Der von der Initiative angestrebte Automatismus verletzt somit die Verpflichtungen der Schweiz aus dem Freizügigkeitsabkommen. Den von der Richtlinie verlangten Rechtsschutz schliesst dagegen auch die Initiative nicht aus.

[Rz 44] Dadurch, dass der *Gegenentwurf* in Art. 121b BV den Verlust der Aufenthaltsrechte nur bei strafrechtlicher Verurteilung wegen schwerer Delikte vorsieht und die Beachtung der Grundrechte und der Grundprinzipien der Bundesverfassung sowie des Völkerrechts verlangt, vermeidet er den Konflikt mit dem Freizügigkeitsabkommen.

[Rz 45] Falls die Volksinitiative angenommen würde, könnte sie – wie seinerzeit die Verwahrungsinitiative – durch den Gesetzgeber *völkerrechtskonform umgesetzt* werden, indem im Gesetz die durch das Freizügigkeitsabkommen verlangte Einzelfallprüfung vorgesehen wird. Falls die gesetzlichen Bestimmungen den durch die Verfassung vorgegebenen Automatismus übernehmen, könnte das Bundesgericht im Rahmen der Rechtsanwendung eine *völkerrechtskonforme Auslegung des Gesetzes* vornehmen. In Anbetracht der bewussten Inkaufnahme einer Verletzung von Völkerrecht durch den Verfassungsgeber wäre allerdings beides problematisch.

[Rz 46] Falls Gesetzgeber und Bundesgericht den Entscheid des Verfassungsgebers respektieren, ist zu erwarten, dass die Kommission der EU gegen die Verletzung des Freizügigkeitsabkommens im Gemischten Ausschuss Protest einlegen würde. Bei andauerndem Verstoss könnte die Kommission die *Kündigung des Freizügigkeitsabkommens* androhen und letztlich auch vollziehen. Damit würde nicht nur das Freizügigkeitsabkommen, sondern auch die übrigen bilateralen Abkommen I von 1999 dahinfallen.

Tobias Jaag ist Professor für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht an der Universität Zürich, Valerio Priuli ist wissenschaftlicher Assistent am gleichen Lehrstuhl.

* * *